

A NEGOCIAÇÃO ANTECIPADA DE CONDIÇÃO DE APROVAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO

Pedro Dutra

1. O Regime atual de aprovação de ato de concentração mediante imposição unilateral, pelo plenário do CADE, de condição. 2. Fundamento jurídico do atual regime e do regime de negociação antecipada. 3. Efetividade concorrencial de ambos os regimes. 4. A experiência da negociação antecipada. 5. A iniciativa da negociação antecipada: fundamento do ato administrativo que a promova ou negue; exame pelo plenário do CADE. 6. Conclusão.

1. Ao apreciar atos de concentração, o plenário do CADE tem decidido, em largo número, subordinar-lhes a aprovação ao cumprimento de condição (em sentido lato) que determina⁽¹⁾. E, em quase a unanimidade dessas decisões, as requerentes só irão conhecer tal condição de aprovação do ato na sala de sessões do plenário do CADE, ao fim do julgamento de seus atos.

Em seqüência, tal condição é enformada, ordinariamente, em termo de compromisso de desempenho, previsto no artigo 58, da Lei 8.884/94, ou, como em exemplo recente, em termo de compromisso de aceitação de condição de aprovação de ato de concentração, que acha seu fundamento legal no parágrafo 9º, do artigo 54, da mesma Lei, figurando em ambas as hipóteses, em lados opostos, o CADE e as requerentes do ato.

Desse regime decisório nasce uma viva contradição. Sendo o compromisso de aceitação e o compromisso de desempenho, pela natureza deles,

(1) Os efeitos da expressiva maioria dos atos de concentração causam nenhum, ou quase nenhum, impacto no mercado concorrencial, sendo portanto aprovados pelo plenário do CADE sem condição, e com relativa celeridade. Os de maior complexidade, todos ou quase todos, são aprovados mediante imposição de condição, e tramitam por prazo longo até serem aprovados.

cada qual negócio jurídico a reunir manifestações de vontade de partes distintas, a convergir sobre objeto determinado, o requisito essencial de validade de tais negócios jurídicos é serem as manifestações a eles subjacentes formadas e expressas livremente. Vale dizer, de um lado, o CADE, como figurante do negócio (o compromisso de aceitação, ou de desempenho), cuja vontade formou-se pela livre convicção dos membros de seu plenário, e, de outro lado, também como figurante, requerentes do ato de concentração, que formariam livremente sua vontade em relação à condição de aprovação do ato de concentração. Quanto à convicção do plenário do CADE, não há dúvida ocorrer a sua livre formação, expressa pela conta dos votos dos Conselheiros, declarados em sessão de julgamento, em relação às condições (a condição objetivada, desdobrada em seus termos, isto é) que a decisão estipula para aprovação de atos de concentração. Mas, o que dizer quanto à livre formação da convicção das requerentes, em relação a tais condições? Pode ela ocorrer?

A resposta é não. Não, não pode a vontade das requerentes livremente formar-se nessa hipótese, e por uma única razão: porque só após haverem sido as condições de aprovação do ato unilateralmente fixadas na decisão do plenário do CADE, irão as requerentes conhecê-las. Então, às requerentes, se desejarem ver seu ato aprovado, só resta aderir a tais condições.

Nesse regime, o que o CADE e as requerentes de ato de concentração celebram? Compromisso de desempenho ou compromisso de aceitação de condições para aprovação do ato de concentração? Ou, ao contrário, celebram um termo de adesão a condições, unilateralmente fixadas, pelo plenário do CADE, de aprovação de ato de concentração? O exame da jurisprudência do CADE não deixa dúvida: firmam as requerentes termo de adesão de condições, unilateralmente fixadas pelo plenário do CADE, de aprovação de ato de concentração.

2. Ainda que não se possa ver no regime adotado pelo plenário do CADE afronta à Lei, cabe indagar se esse regime melhor serve ao comando jurídico do artigo 54, parágrafo 9º, e ao do artigo 58, ambos da Lei 8.884/94, e se o traz ele maior efetividade à ação do CADE no cumprimento de seu dever legal de prevenir o abuso do poder econômico, objetivado no exame dos efeitos de atos jurídicos que, por qualquer forma, integrem poder econômico de duas ou mais empresas antes independentes, segundo os termos do art. 54, da Lei citada.

A resposta soa negativa. E se ouvirmos a experiência estrangeira, a resposta será certamente negativa, pois essa experiência segue o caminho inverso. Na experiência norte-americana, a negociação entre o órgão de defesa da concorrência e as requerentes, em busca de um compromisso quanto às

condições de aprovação do ato de concentração, ocorre previamente à decisão final do órgão de defesa da concorrência. Ou seja, às requerentes é dado conhecer as condições em que o órgão poderá aprovar o ato, antes da decisão final deste, para o fim exclusivo de estas formarem a sua vontade (em relação às condições) oportunamente. Por esse regime, aí sim, forma-se um compromisso, entre as requerentes de ato de concentração e o órgão de defesa da concorrência, capaz de, pela sua natureza, também atender plenamente aos comandos jurídicos dos referidos artigos 54 e 58 da Lei brasileira, porque as partes celebrantes livremente formariam e expressariam suas respectivas vontades em igual ordem (*gleich Ordnung*, do direito civil alemão), o que terá permitido a ambas igual oportunidade para tanto. Por essa forma, estaria integralmente perfeito o compromisso, porque as partes teriam acordado sobre o mesmo ponto, sem que uma parte – no regime brasileiro atual, as requerentes – fosse posta em situação (posterior no tempo) de apenas aderir à vontade da outra, no caso à vontade do plenário do CADE. Lembre-se que no regime norte-americano ora citado, o instrumento denomina-se *consent decree*, pois o consentimento – a vontade das partes em consentir, acordar – livre e oportunamente formado e manifestado, deve estar obrigatoriamente à base, como elemento essencial, do compromisso.

Não menos significativo é o fato de, no regime de negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração, não ocorrer a antecipação do resultado da decisão final, sobre a legitimidade concorrencial do ato, decisão que, por força da Lei brasileira, é colegiada. Remanesce no colegiado o poder integral de aprovar o ato. Autorizada pelo plenário do CADE a negociação antecipada, e sendo este mantido a par das tratativas subsequentes conduzidas pelo conselheiro relator, ao plenário do CADE, e só a este, caberá aprovar, ou não, em definitivo, o compromisso em caráter precário eventualmente alcançado entre as requerentes e o conselheiro relator.

3. No regime de negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração, a efetividade da ação do órgão de defesa da concorrência é sem dúvida muito mais expressiva. O exemplo norte-americano não o exibiria se a experiência lhe houvesse informado o oposto. No regime atual seguido pelo CADE, em que decisões do plenário estipulam condições como fato consumado, e cujos termos serão negociados com as requerentes, uma vez essas aderindo a tais condições a efetividade da ação do CADE é deprimida. Alguns, dentre vários fatores, demonstram essa perda de efetividade da ação preventiva do órgão de defesa da concorrência.

Condições negociadas anteriormente são, sempre, mais ajustadas à realidade das requerentes e de seu mercado, e portanto são de cumprimento

mais fácil às requerentes, o que reduz o custo para o CADE de fiscalização de tais compromissos.⁽²⁾

Outro fator positivo da negociação antecipada são os efeitos extremamente benéficos decorrentes da aproximação do órgão julgador da realidade, concreta e específica, das requerentes, agentes econômicos atuantes no mercado concorrencial. Tal aproximação abre aos julgadores todos, previamente à decisão deles, um acervo mais rico, em volume e nitidez, de informações e dados objetivados, com os quais estes poderão elaborar condições de aprovação que guardem a devida isonomia entre o dano provado ocorrer, ou a ocorrer, por força dos efeitos irradiados do ato sob análise, e o remédio da condição compensatória a ser imposto à aprovação do ato. Assim, por esse regime, o CADE exercerá a sua função preventiva com maior precisão, já que à base desta função está não a intervenção discricionária no mercado concorrencial, mas sim a intervenção equilibradamente retificadora e estritamente vinculada à Lei, mais eficaz e menos traumática para o mercado, portanto.

Entre os fatores ora citados, certamente o mais relevante a resultar desse regime de negociação antecipada, é a possibilidade de a condição, a ser imposta como providência a remediar os provados efeitos nocivos do ato, ser fixada em rigorosa proporção a tais efeitos nocivos irradiados, ou a irradiar, do ato. Só com o equilíbrio resultante da proporcionalidade entre o remédio prescrito nas condições impostas, e o dano provado e medido à ordem concorrencial, estará a decisão atendendo ao comando jurídico do artigo 54, § 9º (fine), que diz que a providência a ser tomada pelo CADE, ao aprovar ato de concentração cujos efeitos possam ofender à ordem concorrencial, deve visar os efeitos nocivos do ato. Vale dizer, a providência compensatória, qualquer que seja sua forma, não poderá exceder aos efeitos provados nocivos do ato.

A delimitação do remédio, feita pelo Relator pode trazer, por falta de elementos factuais que a instrução poderá não lhe ter provido, disparidade entre o dano que vai buscar reparar e o remédio que propõe, o que poderá resultar em perda para as requerentes e, por conseqüência, em indevido benefício a suas concorrentes. Assim, quanto maior o domínio, pelo Relator, do universo factual onde serão projetados, ou já se projetam, os efeitos do ato, melhor poderá ele precisar a medida da reparação, e mais justa esta será. Tal precisão, além de ser o meio de se atender ao comando jurídico do artigo 54, parágrafo 9º, com perfeita equidade, reveste-se de especial significação, uma vez que, sendo a quase totalidade dos atos de concentração submetido ao con-

(2) A divulgação de relatórios, elaborados pelo CADE, sobre o cumprimento dos termos de compromisso permitirá, ao próprio órgão e aos estudiosos, medirem a eficácia e a efetividade do remédio imposto às requerentes, no âmbito do mercado concorrencial.

trole do CADE após a celebração deles, quando esses atos são finalmente examinados, há muito os seus efeitos já estarão incidindo sobre o mercado relevante em causa.

4. A pertinência legal do regime de negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração, encontra abrigo no âmbito da Lei 8.884/94. O direito norte-americano já avalizou a legalidade e a efetividade desse regime, como mostra a sua jurisprudência:

“The enforcement agencies, especially in recent years, have frequently negotiated voluntary settlements with parties to transactions under which the parties remedy the potentially unlawful aspects to the transactions and thereby avoid a challenge by the agency. Such settlements are generally reached during the course of the Hart-Scott-Rodino review process and are incorporated in proposed consent decrees filed simultaneously with a complaint.” (Antitrust Law Developments (Fourth) -Vol. I - Section of antitrust law american bar association - pg. 366) (grifo nosso)

Ainda que singular, a experiência do próprio CADE também registra exemplo de negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração, entre requerentes e conselheiro relator, sendo que esta - no caso, a ex-conselheira Neide Mallard - trouxe à aprovação do plenário os termos da condição, que entendeu aplicar aos efeitos do ato, já enformados em instrumento de compromisso de desempenho. Nas palavras da ilustre ex-Conselheira:

“(...) Com essas considerações, voto pela aprovação deste ato de concentração, desde que as requerentes se sujeitem a compromissos de desempenho, na forma do art. 58 da Lei nº 8.884/94, com o objetivo de alcançarem as eficiências a que se propuseram.

Submeto, outrossim, à aprovação deste egrégio Plenário o Termo de Compromisso de Desempenho, que negociei com as requerentes, contendo as metas quanti-qualitativas a serem alcançadas durante o prazo de sua vigência.” (“Ato de Concentração nº 41/95 Requerentes: Hoescht do Brasil, Química e Farmacêutica S.A. e Rhodia S.A.. Relatora: Neide Teresinha Mallard, in Revista do I-brac, Vol. 4, nº 1, janeiro 1997. p. 61/137). (grifamos)

Nesse caso, deveu-se à Conselheira a louvável e legítima iniciativa da promoção antecipada da negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração, e a sua enformação em termo de compromisso de desempenho, a um só tempo perfazendo integralmente a regra jurídica do artigo 58, da Lei 8.884/94, e conferindo à ação do CADE máxima efetividade.

Todavia, nada obsta às requerentes, ou a requerente se a outra, ou outras, não desejarem segui-la, requererem a negociação antecipada de condições de aprovação do ato de concentração.

5. Em petição dirigida ao conselheiro relator, poderão as requerentes, pedir negociação antecipada apresentando proposta sua, ou manifestando vontade de negociar proposta que lhes faça o conselheiro relator. Não caberia erguer em condição à negociação antecipada a apresentação, pelas requerentes de proposta contendo pontos a serem negociados. Antes, caberá ao conselheiro relator, a quem incumbe o exame primário da admissibilidade dos efeitos do ato de concentração, a incidir sobre a ordem concorrencial, avançá-la, se, é claro, no caso entender pertinente a negociação antecipada.

Cabendo a iniciativa da negociação antecipada de condições de aprovação de ato de concentração tanto ao conselheiro relator quanto às requerentes, ou à requerente, no primeiro caso, pode-se mesmo cogitar do dever de o conselheiro relator, verificando atender esse meio plenamente ao comando jurídico do citado artigo 54, e, também, a possibilidade de êxito em tal negociação, buscá-la em nome da economia processual e da maior efetividade das decisões do CADE. Então, deverá o relator submeter ao plenário sua intenção de abrir negociação e, a seguir, notificará às requerentes o seu propósito. A estas será facultado aceitar ou não a negociação, contando a hipótese negativa com o entendimento, que as requerentes no caso terão, de serem os efeitos do ato que celebraram pró- competitivos e portanto dever o plenário do CADE aprová-lo incondicionadamente. Na hipótese inversa, ou seja, decidindo negociar – sem dúvida, a hipótese a prevalecer na maioria dos casos – poderão as requerentes todas participar da negociação ou apenas uma delas. Esta última possibilidade por certo é a menos provável, mas deve ser considerada, pois pode interessar a uma das requerentes aceitar determinada condição e à outra requerente, ou requerentes, não a aceitar.

Cabendo a iniciativa da negociação às requerentes, que deverão requerê-la ao conselheiro relator, este poderá aceitar ou não o pedido, devendo, contudo, em qualquer das duas hipóteses, fundamentar a sua manifestação, uma vez que poderá o plenário, informado pelo relator do pedido de abertura de negociação, decidir de forma contrária à sua. Assim, pode ocorrer que o relator indefira o pedido de abertura de negociação, e ao levar ao plenário a

sua manifestação nesse sentido, este entenda diverso e lhe determine a abertura de negociação. Poderá ocorrer então, por aplicação analógica do regimento, que o plenário designe outro relator para promover a negociação.

Tanto o ato do relator que aceite ou negue pedido de negociação antecipada, ou mesmo ato seu pelo qual busque promovê-la, deverá ser, como todo ato administrativo, fundamentado. (cf. Vieira de Andrade. “O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos”, Coimbra, 1992, p. 13 e segs.) A discricionariedade não dispensa fundamentação pelo agente administrativo, no caso o relator, de ato seu. Ela apenas designa um campo no qual é deixado, pela Lei, em razão da natureza da matéria a ser tratada, consideração do agente administrativo, no caso relator, sobre a sua decisão, mas ao relator não é dispensada a fundamentação de seu ato. Ao contrário, atos nos quais é dado ao agente administrativo discricionariedade para os promover, requerem fundamentação mais clara e precisa, a fim de que a defesa do interesse público se revista da maior segurança jurídica possível.

Entendendo o relator promover negociação e negando-lhe o plenário esta autorização, poderá o relator inscrever as condições que iria negociar em seu voto, ressaltando o entendimento que manteve de que a negociação antecipada, a seu ver, teria sido a melhor forma de solução para o caso.

Cabendo, nos termos da Lei nº 8.884/94, exclusivamente ao plenário do CADE decidir sobre a prevenção do abuso do poder, a este caberá conhecer o pedido de negociação antecipada, seja ele formulado pelo relator do ato de concentração, seja ele formulado pelas requerentes ou pela requerente de tal ato. Em consequência, mesmo entendendo o relator não caber negociação antecipada, deverá ele submeter o pedido que lhe foi dirigido pelas requerentes ao plenário. Estas, na hipótese negativa, poderão requerer ao presidente do conselho a inscrição do pedido em pauta de reunião, para apreciação dele pelo plenário.

Note-se que o pedido de negociação antecipada supera o limite da instrução do feito, esta de competência primária do conselheiro relator – mas também estreitamente fiscalizada e sancionada pelo plenário, que lhe previamente examina os requerimentos relativos à instrução. A negociação antecipada diz respeito à solução do ato de concentração, à sua decisão, e não à sua instrução. Sendo assim, será facultado às requerentes recorrer ao presidente do conselho para que este encaminhe ao plenário pedido de revisão do ato administrativo que eventualmente lhes negue a negociação antecipada, em princípio capaz de levar à solução definitiva do ato de concentração sob exame.

Além disso, se cabe ao plenário apreciar requisições formuladas pelo relator no âmbito da instrução do ato de concentração - o que, claramente, demonstra intenção do legislador de criar no plenário uma instância superior à discricionariedade exclusiva do relator – a fortiori, fundamento maior haverá para que

o plenário conheça e decida sobre despacho do relator que negue pedido de negociação antecipada, feito por requerente de ato de concentração, com vista à decisão consentida do ato de concentração.

6. A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração é sem dúvida meio de grande eficácia para o exercício da função preventiva do abuso do poder econômico, por Lei atribuída ao CADE exercer. O seu emprego, por certo, limita-se aos casos em que, identificados e demonstrados os efeitos nocivos e irradiados do ato de concentração, revelar-se possível a sua reparação. Em consequência, não há falar-se em tal negociação quando os efeitos nocivos do ato mostrarem-se insuscetíveis de providência compensatória, e, muito menos, quando esses efeitos provadamente não forem ofensivos à ordem concorrencial, quando deverão ser aprovados sem a imposição de qualquer condição, conforme o art. 54, caput.

A negociação antecipada, nos termos preliminares em que aqui é posta, ainda assim permite-nos identificar dois pontos a ela relacionados, de extremo interesse doutrinário e prático, os quais trataremos em breve: o fundamento jurídico da eficiência como condição absoluta para aprovação de ato de concentração, e a admissão do princípio da proporcionalidade entre o dano e a reparação, na Lei 8.884/94.

Abril/1998.